Die rechtliche Natur des Porträtmalvertrages und die sich hieraus ergebende Sachmängelhaftung.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Dietrich Rahn

Referendar

aus Graudenz

Approbiert am 30. Juni 1936

Würzburg 1936.

Buchdruckerei Richard Mayr

Referent:
Univ.-Professor Dr. Kübler



Meinen Eltern!

Inhalt.

Die rechtliche Natur des Porträtmalvertrages.

Die Sachmängelhaftung beim Porträtmalvertrag.

Literatur.

Adler: Kaufbegriff und Werklieferungsvertrag im Handelsrecht. In Archiv für die ziv. Praxis Bd. 109/321.
Allfeld: Kommentar zum Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie. München 1908.
Corpus iuris civilis, Recognovit Th. Mommsen. Berlin 1872.
Crome: System des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen u. Leipzig 1902.
Dankwardt: Die locatio conductio operis, in Iherings Jahrb. 13/301.
Ehrenberg: Kauf- und Werkvertrag, in Iherings Jahrb. für die Dogmatik d. heutig. röm. u. deutsch. Privatrechts. 27/38. Jena 1889.
Emerich: Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem BGB. für das Deutsche Reich, in Abhdlg. z. Priv. Recht u. Zivilprozeß d. Deutsch. Reichs in zwanglos. Heften. Bd. IV, Heft 2, Jena 1899.
Enneccĕrus-Lehmann: Lehrbuch d. bürgerl. Rechts, 2. Bd., Recht d. Schuldverhältnisse, 12. Aufl. Marburg 1932.
Fuld: Erläuterung zum Gesetz, betr. das Urheberrecht an Werken der bild. Künste u. d. Photographie, 2. Aufl. Berlin u. Leipzig 1925.
Hoeniger: Arbeitsrecht, 1.—7. Aufl.
— Anmerkg. z. Urteil des OLG. Hamburg in JW. 21/1553.
Kohler: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 2. Bd., 1. Teil, Schuldrecht. Berlin 1906.
— Das literarische u. artistische Kunstwerk u. sein Autorenschutz. Mannheim 1892.
Korintenberg: Der Mängelbeseitigungsanspruch u. d. Anspruch auf Herstellung beim Werkvertrage (Sonderabdruck aus Arch. f. Rechtspflege in Sachsen, Thüringen u. Anhalt, Heft 5. u. 6) Leipzig 1927.
Kreß: Lehrbuch des besond. Schuldrechts. München-Berlin 1934.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach d. Priv. Recht d. Deutsch. Reichs in 2 Bänden. Bd. I Leipzig 1902. Bd. II 1908.
Motive zum Entwurf eines BGB. Bd. II, Berlin u. Leipzig 1888, Bd. III, Berlin u. Leipzig 1888.
Ochß: Begriff und rechtl. Natur der nach § 651 BGB. zu beurteilenden Vertragsverhältnisse. Diss. Leipzig 1903.
Oertmann: Kommentar z. BGB. u. seinen Nebengesetzen. 2. Buch, Recht d. Schuldverh., 2. Abt. 5. Aufl. Berlin 1929.
— Wandelung beim Werkvertrag. In Recht 20/153.
— Der Zufall bei der Werkverdingung. In Ztschr. f. d. private u. öffentl. Recht 24/45.
Osterrieth: Das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste u. d. Photographie, 2. Aufl. Berlin 1929.
Planck-Strohal: Kommentar zum BGB. nebst Einführungsgesetz, 2. Bd., 2. Hälfte, 4. Aufl. Berlin 1928.
Riezler: Der Werkvertrag nach dem BGB. f. d. Deutsche Reich. In Abhdlg. z. Privatrecht u. Zivilprozeß d. Deutschen Reichs, 4. Bd., 4. Heft. Jena 1900.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, Das BGB. m. bes. Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG. 1. u. 2. Bd. 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1934.
Rümelin: Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.
Salkowski: Institutionen, Grundzüge des Systems u. d. Geschichte des römischen Privatrechts. 9. Aufl. Leipzig 1907.
Sohm: Institutionen, Geschichte u. System d. röm. Privatrechts. 17. Aufl. München u. Leipzig 1924.

Staudinger-Kober: Kommentar zum BGB. u. d. Einführungsgesetz, 2. Bd., 2. Teil, 9. Aufl München, Berlin u. Leipzig 1928.
— 2. Bd. 3. Teil, 9. Aufl. München, Berlin u. Leipzig 1929.
— 3. Bd. 1. Teil, 9. Aufl. München, Berlin u. Leipzig 1926.
Thelen: Der Porträtmalvertrag unter dem Gesichtspunkt der Mitwirkung des Bestellers. Diss. Jena 1912.
Warneyer: Kommentar zum BGB. f. d. Deutsche Reich. 2. Aufl. Tübingen 1930.
Weil: Begriff und Bedeutung der Nebensachen und Zutaten im BGB. Diss. Erlangen 1907.
Wittich: Zum § 651. In Gruch. 49/278.

Zeitschriften und Entscheidungen.

Archiv für die Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt. Leipzig.
Archiv für die zivilistische Praxis. Tübingen.
Deutsche Juristenzeitung. Berlin.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Amtl. Sammlung. Berlin u. Leipzig.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Berlin.
Hanseatische Gerichtszeitung. Hamburg.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts. Jena.
Juristische Wochenschrift. Leipzig und Berlin.
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Hannover.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Leipzig.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten. München und Berlin.
Warneyer, Die Entscheidungen des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. Leipzig.
Zeitschrift für privates und öffentliches Recht. Wien.

§ 1.

Vor Beginn der Untersuchung über die rechtliche Natur des Porträtmalvertrages ist es notwendig, sich zuerst über dessen Begriff klar zu werden und eine Abgrenzung des Themas der vorliegenden Abhandlung vorzunehmen.

Unter dem Porträtmalvertrag im Sinne der folgenden Untersuchung ist ein Vertrag zu verstehen, durch den sich ein Teil, der Maler, verpflichtet, eine Person, sei es den Besteller selbst, oder einen Dritten, gegen Entgelt zu porträtieren. Unter diesem Begriff ist also nicht der sog. Modellvertrag zu rechnen, der allein die Ermöglichung des Malens zum Inhalt hat, ohne daß hieraus für den Maler eine bindende Verpflichtung erwüchse.

Unsere Untersuchung erstreckt sich ferner nicht auf die unentgeltliche Porträtierung, die auf zweierlei Art denkbar wäre. Einmal kann der Maler im eigenen Interesse tätig werden, so z. B., wenn er zu Reklamezwecken, um seinen Namen bekannt zu machen, berühmte Persönlichkeiten um die Erlaubnis bittet, sie malen zu dürfen. Ein ander Mal kann er an die Anfertigung eines Porträts im Interesse eines Dritten gehen, um diesem nach Fertigstellung das Bildnis schenkweise zu überlassen.

Haben wir im ersten Falle wohl keinerlei vertragliche Verpflichtung vor uns, so handelt es sich im zweiten um einen Schenkungsvertrag.

In Betracht kommt hier also nur ein Vertrag, bei dem der Leistung des Bildes eine Verpflichtung zur Gegenleistung gegenübersteht. Dabei soll auch der Fall nicht näher erörtert werden, in dem mit dem Unternehmer eines Kunstinstituts ein Vertrag über die Herstellung eines Porträts geschlossen wird. Es würde nämlich hier der Inhaber des Instituts als Vertragspartei auftreten, der Maler jedoch nur Erfüllungsgehilfe i. S. des § 278 BGB. sein. Zwischen dem Unternehmer und dem Maler läge je nach Art des zwischen ihnen bestehenden Verhältnisses ein Dienst- oder Werkvertrag vor. Ein Dienstvertrag dann, wenn sich der Künstler lediglich zu dauernder Tätigkeit innerhalb des Kunstinstituts verpflichtet hätte, ein Werkvertrag jedoch, wenn Einzelleistungen Gegenstand seiner Verpflichtung waren.

Die vorliegende Abhandlung hat demnach nur den Porträtmalvertrag in seiner allgemeinen Erscheinungsform — wie er schon oben näher umrissen wurde — im Auge. Erst hier treten viele Zweifel und Streitfragen auf, die einer Klarstellung bedürfen.

§ 2.

Ein Rückblick auf das römische Recht zeigt, daß die Porträtkunst schon im Altertum allgemein gepflegt wurde. In den Quellenstellen findet man verschiedentlich den Ausdruck „tabulam pingere"[1]).

Man unterschied im römischen Recht locatio conductio operarum und locatio conductio operis. Die locatio conductio operarum war ein Vertrag, der die Leistung einer Arbeitsmenge zum Gegenstand hatte. Hierbei galt jedoch der Grundsatz, daß nur die sog. operae illiberales als Vertragsobjekt in Betracht kommen konnten, da die operae liberales als unschätzbar angesehen wurden und nach damals herrschender Anschauung nur ohne Entgelt zu leisten waren.

Die locatio conductio operis war ein Vertrag über die Herstellung eines Werkes (opus; ἐπιτέλεσμα) gegen Leistung einer fest bestimmten Geldsumme (Werkvertrag[2]).

Um nun aber eine Abgrenzung der locatio conductio operis von der emptio venditio vorzunehmen, wurde bestimmt, daß für den Entscheid der Frage, welcher Vertragstyp vorliege, maßgebend sein müsse, wer den Stoff zur Herstellung des Werkes liefere. Liefere diesen der Besteller, so habe man einen Werkvertrag vor sich[3]). Geschehe jedoch die Lieferung des zur Herstellung des Werkes erforderlichen Stoffes durch den Unternehmer, so sei ein Kauf anzunehmen[4]).

Diese Auslegung der Quellen, nach der die Stoffleistung maßgebend sein soll, wird von Wittich[5]) heftig bekämpft, indem er geltend macht, die angezogenen Stellen entschieden nur für den einzelnen Fall über das Vor-

1) Vgl. § 34 de rer. div. I. 2, 1; l. 5. § 2 D de praeser. verbis et in factum actionibus 19. 5.;

2) Vgl. Salkowski S. 387.

3) Vgl. l. 2. § 2 D. 1. 2; § 4. J. 3. 24; l. 20. 65. D. de contr. emt. 18. 1.

4) So die herrschende Meinung. Cassius bekämpfte allerdings diese Auffassung, indem er für einen solchen Fall die Annahme einer emptio venditio hinsichtlich des Materials und einer locatio conductio operis bezüglich der Arbeitsleistung vorschlug: „Cassius ait, materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem".

5) Wittich in Gruch. 49/278 ff.

liegen eines Werk- bezw. Kaufvertrages, hielten aber grundsätzlich an der begrifflichen Unterscheidung zwischen Kauf- und Werkvertrag fest. Die richtige Auslegung sei die, daß man allein darauf zu achten habe, ob nach dem Willen der Parteien die Arbeitsleistung oder die Sache Gegenstand des Vertrages gewesen wäre. Im ersten Falle liege dann nämlich Werkvertrag, im zweiten ein Kauf vor.

Wittich übergeht jedoch damit ohne weiteres die aus den Quellen in logischer Konsequenz abgeleiteten Regeln[6]). Seine Auffassung steht auch zugleich in deutlichem Gegensatz zu l. 5 § 2 D. 19. 5, bei der Paulus in Anwendung des oben wiedergegebenen Grundsatzes die Anfertigung eines Gemäldes als conductio operis bezeichnet: „cum do, ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit."

Es ist daher nichts dagegen einzuwenden, wenn man im Ergebnis feststellt, daß das römische Recht und nach seinem Beispiel auch das gemeine Recht die Stoffleistung über die Vertragsnatur entscheiden ließ.

Die Stellungnahme des ALR. zu dieser Frage kommt in I, 11 § 928 zum Ausdruck. Er lautet: „In allen Fällen, wo ein Werk oder eine Arbeit einem Werkmeister oder Künstler angedungen worden, ist derselbe, das Geschäft selbst auszuführen, verbunden und kann die Ausführung wider den Willen des Bestellers einem Anderen nicht übertragen." Das ALR. stellt es also nicht darauf ab, von welcher Seite der Vertragsparteien der Stoff geliefert wurde, sondern allein darauf, ob der Unternehmer persönlich das Werk herstellen oder ob ein von dritter Seite hergestelltes Werk geliefert werden mußte. Während im ersten Fall Werkvertrag vorliegen soll, wird der letztgenannte als ein Kauf angesehen.

§ 3.

Im Rahmen der Erörterung, zu welchem Vertragstypus der Porträtierungsvertrag im geltenden Recht zu zählen sei, ist die Meinung aufgetaucht, daß die Beziehungen zwischen einem Kunstfreund und einem Künstler außerhalb jeder rechtlichen Bindung ständen[7]).

Das Inauftraggeben eines Kunstwerkes schaffe, so wird ausgeführt, zwischen dem Besteller und dem Künstler ein lediglich persönliches Verhältnis, das einer juristischen Betrachtungsweise völlig entzogen sei.

---

6) Vgl. l. 20. D. 18. 1.
7) Vgl. Seuff. Arch. 79/260.

Diese Anschauung würde eine Stütze finden im römischen Recht, das einen ähnlichen Standpunkt vertrat, indem es die Tätigkeit des Arztes, Lehrers, Anwaltes u. dgl. (operae liberales) von den sog. niederen Dienstleistungen des Dienstboten, Gesellen, Tagelöhners usw. (operae illiberales) schied. Für letztere war ein Mietpreis zu zahlen. Sie bildeten den Gegenstand von Verträgen über die entgeltliche Leistung einer Arbeitsmenge[8]). Die operae liberales jedoch stellten eine unschätzbare Leistung dar und konnten höchstens durch ein freiwilliges Geschenk (munus) honoriert werden.

Man glaubte also, daß jegliche geistige Arbeit als Gegenstand des Rechtsverkehrs auszuscheiden habe[9]).

Aber auch die heute noch herrschende und richtige Vorstellung, daß ein Kunstwerk den Ausdruck eines inneren Gestaltungswillens und das Produkt künstlerischer Eingebung darstellt, könnte ein weiteres Argument dafür sein, der obigen Ansicht beizutreten und es als Vertragsobjekt völlig außer Betracht zu lassen, denn unzweifelhaft verträgt sich künstlerisches Schaffen, das persönlichem Erleben entspringt, schwerlich mit jedem Zwang, der durch rechtsgeschäftliche Bindung hervorgerufen wird.

Dem gegenüber ist jedoch zu sagen: Die Auffassung von der Unentgeltlichkeit und Nichtklagbarkeit geistiger, schöpferischer Arbeit entspricht nicht mehr unseren heutigen Anschauungen. Wir nehmen keinerlei Anstoß daran, daß Ärzte, Lehrer und Anwälte für ihre Dienstleistungen ein Honorar erhalten. Das Gleiche gilt auch für den Künstler. In unseren Augen erscheint die Bezahlung derartiger Tätigkeit keineswegs als Herabwürdigung geistiger Arbeit[10]). Infolgedessen ist auch eine Scheidung zwischen liberaler und illiberaler Arbeit dem BGB. fremd.

Auch der andere Einwand hinsichtlich der Freiheit und Unbeschränkbarkeit künstlerischer Arbeit muß mit der Erkenntnis entfallen, daß alle Beziehungen von Mensch zu Mensch sich nur innerhalb einer bestehenden Rechtsordnung abwickeln können. Es ist ganz undenkbar, daß der Künstler mit seiner Arbeit hier eine Sonderstellung einnehmen soll.

Es mag daher richtig sein, daß das Verhältnis zwischen Besteller und Künstler ein besonders geartetes ist, das die Anwendung von Rechtssätzen

---

8) Vgl. oben S. 2.

9) In der Kaiserzeit wurden allerdings Abmachungen über derartige Honorare für klagbar erklärt, jedoch nur durch die „cognito extra ordinem" (Sohm S. 431).

10) Ebenso Riezler S. 37.

erschwert, jedoch ist es nicht angängig, diesen Beziehungen jeglichen rechtlichen Charakter abzusprechen[11]).

§ 4.

Bereits die Betrachtung der Behandlung des Porträtmalvertrages durch die früheren Rechte hatte uns den Weg zum Dienst- und Werkvertrag gewiesen. Wenn auch schon aus den dortigen Darlegungen die Werkvertragsnatur des Porträtierungsvertrages mit ziemlicher Deutlichkeit zum Ausdruck kam, so kann man sich doch nicht einer Erörterung der Frage entziehen, ob nicht hier eine Verpflichtung zur Leistung künstlerischer Dienste, die nach den Vorschriften über den Dienstvertrag zu beurteilen wäre, anzunehmen ist.

Zwar bringen die Motive[12]) eine begrifflich klare Abgrenzung beider Vertragsarten. Doch müssen auch sie zugeben, daß in der Praxis gewisse Schwierigkeiten bei der Einordnung in die eine oder andere Gruppe auftreten. So führen sie zunächst aus[13]): „Gegenstand des Dienstvertrages sind die Dienste für sich betrachtet oder die Arbeit als solche, Gegenstand des Werkvertrages ist das Werk (im engeren oder weiteren Sinne) oder das Erzeugnis der Dienste oder der Arbeit. Bei dem Dienstvertrag wird für die Arbeit als solche, bei dem Werkvertrag für das Arbeitsprodukt die Vergütung versprochen."

Die Theorie hat nun den Versuch unternommen, die bei Anwendung dieses Prinzips sich in der Praxis ergebenden Schwierigkeiten durch Aufstellung weiterer Unterscheidungsmerkmale zu überwinden.

1. So will Lotmar[14]) danach unterscheiden, in welcher Form die Vergütung gewährt werde. Er geht hierbei davon aus, daß sich für den Werkvertrag die Zeitlohnform nicht eigne und daß daher jeder Vertrag, bei dem die Vergütung nach der Dauer der Arbeit bemessen werde, als Dienstvertrag anzusehen sei. Der Werkvertrag dagegen sei daran zu erkennen, daß bei ihm das Entgelt im Stücklohn bestehe. Mögen sich die genannten Lohnformen auch vorwiegend in dieser Weise auf Dienst- und Werkvertrag verteilen, so ist doch eine derartige Unterscheidung durchaus nicht

---

11) So RG. in Seuff. Arch. 79/260.
12) Mot. Bd. II S. 471.
13) Mot. a. a. O.
14) Lotmar I S. 328 ff.

zwingend[15]). Die Vertragsfreiheit ermöglicht die Vereinbarung jedes denkbaren Zahlungsmodus[16]), sodaß auch werkvertragliche Leistungen durch Zeitlohn, dienstvertragliche durch Stücklohn vergütet werden können[17]).

2. Ein anderes Unterscheidungsmerkmal will eine in der Theorie vertretene Anschauung in dem Maß der Selbständigkeit finden, das der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber besitze.

Und zwar sei Merkmal des Dienstvertrages, daß der Dienstverpflichtete zum Dienstherrn in einem Unterordnungsverhältnis stehe, kraft dessen er seinen Anweisungen Folge zu leisten habe[18]). Beim Werkvertrage jedoch befinde sich der Unternehmer nicht in einer derartigen Abhängigkeit zum Besteller. Er sei ihm nur insoweit unterstellt, als er den vertraglich vereinbarten Arbeitserfolg für ihn herbeizuführen habe.

Es ist richtig, daß in dieser Unterscheidung ein wertvolles Hilfsmittel für die Bestimmung der Vertragsart gegeben ist, jedoch dürfte die alleinige Entscheidung hiernach auch nicht getroffen werden können, da eine klare Grenzziehung zwischen Selbständigkeit und Unselbständigkeit in der Praxis kaum möglich ist.

3. Auch Hoeniger[19]), der das Moment der fremd- bezw. selbstbestimmten Arbeit für maßgebend erklärt, ist entgegen zu halten, daß diese Anschauung bei ihrer praktischen Anwendung nicht immer zu sicheren Ergebnissen führt.

4. Oertmann[20]) und Rümelin[21]) sehen als entscheidendes Merkmal die Gefahrtragung an; während beim Werkvertrag die Gefahr vom Verpflichteten zu tragen sei, so übernehme sie beim Dienstvertrag der Berechtigte. Auch diese Meinung kann für die Unterscheidung der Vertragsarten keine Verwendung finden. Die Gefahrtragung ist lediglich eine Folge, die sich erst aus dem Wesen des Vertrages ergibt, sie kann daher nicht für die Bestimmung der rechtlichen Natur maßgebend sein[22]).

---

15) Vgl. Mot. II S. 471, die ausdrücklich die Art der Vergütung für unerheblich erklärten.

16) So auch Riezler S. 42.

17) Gegen Lotmar Seuff. Arch. 55/396, und Thelen S. 5 ff., der allerdings den Begriff des Zeitlohnes in diesem Zusammenhang überhaupt ablehnt.

18) Vgl. Crome II S. 643.

19) Einl. z. Arb. Recht 1.—7. Aufl.

20) Oertmann Vorbem. zu § 611, 1 b.

21) S. 196.

22) So Riezler S. 44 Anm. 7.

Sind alle Meinungen, die neue begriffliche Merkmale für die Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag aufstellen wollten, für die sichere Bestimmung der rechtlichen Natur nicht verwendbar, so ergibt sich für uns die Notwendigkeit, allein von den Motiven auszugehen und einen Dienstvertrag dort anzunehmen, wo die „Arbeit als solche" Inhalt des Vertrages ist, ein Werkvertrag dagegen dann, wenn das „Arbeitserzeugnis" den Gegenstand des Vertrages bildete.

Hiernach dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß der Porträtmalvertrag keinesfalls als Dienstvertrag zu gelten hat, sondern eher als Werkvertrag angesehen werden muß. Wenn auch die künstlerische Arbeit bei der Anfertigung des Bildes von besonderer Bedeutung ist, so findet diese doch erst in dem fertigen Produkt, dem Porträt, ihren Ausdruck. Für den Besteller kommt es am allerwenigsten auf die Tätigkeit des Malens als solche an, als vielmehr auf die künstlerische Idee, die in dem fertigen Bildnis Gestalt annimmt.

Es ist daher als vorläufiges Ergebnis unserer Untersuchung festzustellen, daß der Porträtmalvertrag als Werkvertrag zu gelten hat.

§ 5.

Es ist weiterhin die Ansicht vertreten worden, den Porträtmalvertrag als einen Vertrag über den Kauf einer künftigen Sache anzusehen[23]).

Diese Annahme liegt insofern nahe, als Kauf- und Werkvertrag eine gewisse Verwandtschaft aufweisen; denn beide haben letzten Endes die Übertragung einer Sache zum Ziel[24]). Beim Kauf über eine künftige Sache ist eine Verwechslung mit dem Werkvertrag umso eher möglich, als bei beiden Verträgen die zu leistende Sache noch nicht vorhanden ist. Eine klare begriffliche Abgrenzung beider Vertragsarten voneinander ist jedoch im Hinblick auf die unterschiedliche Regelung der Mängelhaftung notwendig.

Beim Kauf handelt es sich um die Veräußerung einer fertigen oder einer noch zur Entstehung gelangenden S a c h e. Der Werkvertrag dagegen richtet sich auf die H e r st e l l u n g einer Sache, auf einen durch Arbeit hervorzubringenden Erfolg, wobei die Arbeitsleistung das wesentlichste Moment bildet.

---

23) Wittich S. 280.
24) Mit Ausnahme der immateriellen Werke beim Werkvertrage. (Vgl. unten S. 10 ff.)

Diese Begriffsbestimmung sollte eigentlich keinen Zweifel mehr über die Werkvertragsnatur des Porträtmalvertrages aufkommen lassen, da bei ihm allein die Arbeitsleistung des Künstlers im Mittelpunkt der vertraglichen Vereinbarungen steht. Gleichwohl vertritt Wittich die Auffassung, daß man den Porträtierungsvertrag dem Kaufvertrag zu subsumieren habe. Er führt hierzu Folgendes aus: Wesentlich für einen Vertrag über den Kauf einer künftigen Sache wäre, daß die Parteien — obwohl der Gegenstand des Vertrages noch nicht hergestellt sei — allein das fertige Objekt im Auge gehabt hätten. Hierin unterscheide er sich vom Werkvertrage, bei dem für den Besteller wie den Unternehmer in erster Linie die Arbeitsleistung maßgebend gewesen sei. Infolgedessen sei für den Werkvertrag entscheidendes Merkmal, daß der Besteller außer der Geldleistung hinsichtlich der Ausführung der Arbeit oder des durch diese herbeizuführenden Erfolges irgendwelche, wenn auch noch so allgemeine Anweisungen geben könne, was beim Kaufvertrage nicht der Fall sei[25].

Die Bestellung eines Bildes sei daher regelmäßig als Kauf anzusehen, da — obwohl die Arbeitsleistung des Künstlers fast allein den Wert des Bildes bestimmte — die Arbeitsleistung selbst der Anweisung und Kontrolle des Bestellers entzogen sei und infolgedessen nicht die Arbeit, sondern der fertige Kunstgegenstand bezahlt werde. Ausnahmen müßten freilich für den Fall gemacht werden, wo es sich um Gemälde handele, die nach den Ideen des Bestellers fertiggestellt würden oder wenigstens seinen besonderen Anweisungen unterworfen seien.

Diese Ausführungen Wittichs sind nicht zutreffend. Zunächst dürften sich bei der praktischen Anwendung der von Wittich aufgestellten Theorie erhebliche Schwierigkeiten ergeben, da es häufig nicht leicht sein wird, zu entscheiden, in welchem Maße der Besteller Anweisungen an den Unternehmer erteilen kann.

Seine Ansicht findet auch keine Grundlage im Gesetz. Dieses sieht als Gegenstand des Werkvertrages das „Werk" als Erzeugnis von Arbeit an, während es den Inhalt des Kaufvertrages in der Übertragung einer Sache als Rechtsobjekt findet[26]. Nach allgemeiner Verkehrsanschauung dürfte aber bei Bestellung eines Gemäldes den Parteien nicht der fertige Kunstgegenstand, sondern das durch die künstlerische Arbeit des Malens herzustellende Bildnis vorschweben. Der Vertrag, der hier geschlossen wird,

25) Vgl. hierzu Riezler S. 54.
26) Vgl. Staudinger Vorbem. III,2a zu § 631.

richtet sich daher nicht auf eine erst herzustellende Sache, sondern auf einen durch künstlerische Arbeitsleistung herbeizuführenden Erfolg.

Die Meinung Wittichs ist demnach nicht geeignet, unser bisheriges Ergebnis, den Porträtmalvertrag als Werkvertrag anzusehen, umzustoßen.

Fraglich erscheint nur, ob der Porträtierungsvertrag als reiner Werkvertrag gemäß § 631 oder als Werklieferungsvertrag nach § 651 anzusehen ist.

§ 6.

Wir waren zur Annahme eines Werkvertrages auf Grund der Feststellung gelangt, daß wesentlich für den Porträtmalvertrag nicht die Arbeit als solche, sondern das Arbeitserzeugnis, der Arbeitserfolg wäre. Unberücksichtigt blieb jedoch dabei die Frage der Stofflieferung. Geschieht die Leistung des Stoffes zur Herstellung des Werkes von Seiten des Bestellers, so zeigt der Fall keine Besonderheiten. Es handelt sich dann um einen reinen Werkvertrag gemäß § 631. Übernimmt der Unternehmer jedoch die Lieferung des Stoffes, so hat man einen solchen Vertrag nicht als Werkvertrag, sondern als Werklieferungsvertrag nach § 651 anzusehen, der z. T. den Regeln des Kaufvertrages unterworfen ist.

Unter dem Begriff des „Stoffes" kann nur etwas Materielles verstanden werden[27]). D. h. Stoff bedeuten allein die physischen Bestandteile eines Werkes. So kann bei einem Gemälde nur Leinwand, Rahmen und Farben als „Stoff" angesehen werden. Arbeit und künstlerische Idee sind hierunter keinesfalls zu rechnen.

Der Fall, daß die Lieferung der Materialien zu einem Gemälde von Seiten des Bestellers erfolgt, zählt zu den seltensten. Regelmäßig wird der Maler für das Material zu sorgen haben. Es liegt daher nahe, zu prüfen, ob unser anfängliches Ergebnis, das den Porträtmalvertrag dem Werkvertrag nach § 631 zuwies, unter diesem Gesichtspunkt eine Änderung erfahren muß, d. h., ob das Moment der Stofflieferung dazu zwingt, einen Werklieferungsvertrag i. S. des § 651 anzunehmen.

Voraussetzung für das Vorliegen eines Werklieferungsvertrages ist, daß sich eine Partei zur Herstellung eines Werkes aus einem von ihr selbst zu beschaffenden Stoffe, die andere zur Leistung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

---

27) So auch Lotmar I S. 180.

a) Unter dem Begriff des Werkes i. S. von § 631 ist nach herrschender Meinung das Ergebnis oder der Erfolg einer menschlichen Tätigkeit, materieller oder immaterieller Art, zu verstehen[28]). Zweifelhaft ist nun aber, ob man diese Begriffsbestimmung des „Werkes" in gleicher Weise auf den § 651 anwenden kann, ob m. a. W. der Begriff des Werkes i. S. von § 651 mit dem von § 631 identisch ist oder nicht. Diese Frage ist nämlich — wie noch unten darzustellen sein wird — in der Literatur verschiedentlich mit der Begründung verneint worden, daß § 651 nur materielle Werke im Auge habe.

Dabei wird vorher die Prüfung der Frage notwendig, ob ein Porträtbildnis als materielles oder immaterielles Werk zu gelten hat[29]). Für den Fall nämlich, daß wir zur Annahme der materiellen Natur des Porträtbildes gelangten, würden wir damit einer näheren Erörterung über die Meinung von der Unanwendbarkeit des § 651 auf immaterielle Werke enthoben sein.

Über die Merkmale des materiellen und des immateriellen Werkes besteht keine einheitliche Meinung[30]).

Unter die Herstellung oder Veränderung eines materiellen Werkes rechnet man die Herstellung oder Ausbesserung von Maschinen, Kleidungsstücken und anderen Bedarfsgegenständen[31]). Man zählt ferner hierzu die Errichtung eines Bauwerks[32]) und den Bau und die Ausbesserung von Schiffen[33]).

Zu den immateriellen Werken soll nach allgemeiner Anschauung die Unterrichtserteilung und die Abgabe eines Gutachtens durch einen Wissenschaftler gehören[34]).

Immaterielle Werke sind nach Dankwardt[35]) derartige Leistungen, „welche mit und während ihrer Entstehung sofort konsumiert werden, z. B. eine Theatervorstellung, ein Konzert, ein Feuerwerk".

---

28) Staudinger § 631 B, a; Vorbem. II, 3c zu § 631; Oertmann Vorbem. 1b zu § 631; Planck Vorbem. V, 1a zu § 631; RGRK. § 631, 1.

29) Vgl. Rümelin S. 150; Oertmann in Ztschr. f. priv. u. öff. R. 24/45.

30) Enneccerus § 370, Anm. 1 lehnt überhaupt eine derartige Teilung ab mit der Begründung, daß sie entbehrlich sei.

31) Vgl. Planck V, 1a zu § 631; Rümelin S. 150.

32) Staudinger Vorbem. III, 8 zu § 631; Planck a. a. O.; OLG. 12/245, 17/418; Riezler S. 36.

33) Planck a. a O.

34) Oertmann Vorbem. 1 b zu § 631; Riezler u. Dankwardt a. a. O.

35) Dankwardt S. 318.

Oertmann[36]) stellt es darauf ab, ob dem Gläubiger ein ästhetischer oder wissenschaftlicher Genuß verschafft werde.

Eine völlig andere Meinung vertritt Kohler[37]), der in erster Linie zwischen gegenständlichen und nicht gegenständlichen Leistungsergebnissen unterscheidet, wobei er zu den ersteren auch Werke zählen will, die nach obiger Einteilung z. T. immaterieller Natur sind.

Entscheidend ist nach seiner Lehre, ob das Ergebnis i. S. von Neuerzeugung, Änderung, Verbesserung oder Ausgestaltung als etwas Gegenständliches in Erscheinung tritt. So soll die Zeichnung eines Bauplanes, die Vervollständigung einer Erfindung oder die Übertragung eines Musikwerkes als gegenständliches Ergebnis angesehen werden, da es sich hier um die Ausgestaltung zu einem gegenständlichen Substrat handele.

Zu den sog. nicht gegenständlichen Werken zählt Kohler den Abschluß eines Rechtsgeschäfts bezw. die Vermittlung eines solchen, die Einwirkung auf den Geist eines Anderen oder auf den Geist Vieler durch Vortrag, musikalische oder schauspielerische Darbietungen. Fernerhin das Inordnungbringen von Büchern durch einen Bücherrevisor[38]), das Ausfindigmachen eines Verbrechers, der Nachweis von Spuren der Tat (Detektiv).

Auch sollen die Leistungen an einer Person, z. B. operativer Eingriff oder die Personenbeförderung zu den nicht gegenständlichen Werken gehören, da die Person hier nicht vergegenständlicht, d. h. nicht zum Rechtsobjekt gemacht wurde.

Eine sichere Trennungslinie zwischen gegenständlichen und nicht gegenständlichen Werken will Kohler nun darin finden, daß bei den ersteren die Leistungen mit einer Abnahme endeten, d. h. mit einer Tätigkeit des Bestellers, worin er den Gegenstand der Leistung aus dem Personenkreis des Unternehmers empfange, bei den nicht gegenständlichen Leistungen jedoch die Leistung ohne Abnahme in den Bereich des Bestellers übergehe.

Mir scheint diese von Kohler gemachte Teilung zwischen gegenständlichen und nicht gegenständlichen Werken nicht richtig.

Es ist Kohler wohl zuzugeben, daß eine Unterscheidung nach den genannten Gesichtspunkten an sich möglich ist, aber zu einer eindeutigen Feststellung über das Wesen des Werkes führt sie nicht, sondern zeitigt Ergebnisse, die häufig vom Zufall abhängen.

36) Oertmann in Ztschr. f. priv. u. öff. Recht Bd. 24 S. 45.
37) Kohler S. 362 ff.
38) Vgl. OLG. Braunschweig in DJZ 03./228.

Nach Kohlers Definition müßte ein wissenschaftliches Gutachten, das schriftlich niedergelegt wurde, als gegenständliches Werk betrachtet werden, während dasselbe Gutachten, mündlich vorgetragen, als nicht gegenständliches Werk zu gelten hätte. Hier würde also lediglich der Umstand, daß das Gutachten in dem einen Falle durch Niederschrift gegenständlich festgelegt ist, dazu führen, daß es vom mündlich erstatteten Gutachten als grundsätzlich verschieden betrachtet wird.

Die von Kohler vorgeschlagene Unterscheidung führt also nicht zu befriedigenden Ergebnissen.

Auch Oertmanns Definition des immateriellen Werkes ist nicht ohne weiteres anwendbar. Wenn er nämlich das Wesen eines derartigen Werkes darin findet, daß dem Gläubiger ein ästhetischer oder wissenschaftlicher Genuß verschafft werde, so ist diese Begriffsfassung offenbar zu eng. Nach Oertmanns Meinung würde z. B. die Tätigkeit eines Auskunfts- oder Detektivbüros, die Arbeit eines Bücherrevisors nicht mehr zu den immateriellen Werken zählen dürfen, während doch andererseits Bedenken bestehen, sie als materielle Werke zu bezeichnen.

Das Gleiche gilt für die Auffassung Dankwardts, für den die immaterielle Natur einer Leistung darin zum Ausdruck kommt, daß sie mit und während ihrer Entstehung sofort konsumiert wird. Auch nach dieser Meinung würden die eben angeführten Beispiele aus der Reihe der immateriellen Werke auszuscheiden haben.

Trotz ihrer Verschiedenheit liegt allen vorerwähnten Definitionen der gemeinsame Gedanke zugrunde, daß diejenigen Leistungen, bei deren Ergebnis der Hauptwert nicht im Stofflichen zu suchen ist, den materiellen Werken nicht schlechthin gleichgestellt werden dürfen, sondern von ihnen als immaterielle zu unterscheiden sind. Es handelt sich eben nur darum, zu einer Abgrenzung zu gelangen, die eine Einordnung jedes Werkes in die eine oder andere Gruppe gestattet. Meines Erachtens empfiehlt es sich, von den materiellen Werken auszugehen und zu sagen: Ungeachtet der Einschränkungen, die hierzu gemacht werden müssen, sind grundsätzlich diejenigen Werke als materielle anzusehen, die in einem stofflichen Ergebnis bestehen. Alle anderen aber — ganz abgesehen von Art und Umfang der aufgewendeten körperlichen oder geistigen Tätigkeit — sind als immaterielle Werke zu betrachten.

Wollte man es bei dieser Begriffsbestimmung belassen, so würde der Kreis der immateriellen Werke zu eng gezogen sein, da der oben als allen

Definitionen gemeinsam bezeichnete Gedanke unberücksichtigt geblieben ist. Legt man aber diesen unserer Betrachtung zugrunde, so gelangt man dazu, ein immaterielles Werk auch dann anzunehmen, wenn ein stoffliches Substrat entweder völlig fehlt oder aber gegenüber der hierzu erforderlichen Arbeitsleistung bezw. gedanklichen oder geistigen Tätigkeit ohne wesentliche Bedeutung ist.

Nach dieser Definition dürften keine Bedenken mehr bestehen, auch ein Porträtbild als immaterielles Werk anzusehen[39]).

Wenn auch das Porträt der Außenwelt gegenüber als körperliches Gebilde in Erscheinung tritt, so ist es doch in erster Linie ein Produkt geistigen, künstlerischen Schaffens.

Wenn man einwendet, die Herstellung eines Porträts geschehe doch mehr handwerksmäßig, indem der Maler ähnlich einem Photographen die Züge seines Modells auf dem Malgrund nachziehe, so ist das keineswegs richtig. Gerade ein Porträt ist der Ausdruck innersten künstlerischen Erlebens und daher vornehmlich geistigen Ursprungs. Der Maler reproduziert nicht nur die rein äußerliche Erscheinung seines Modells, sondern gibt in dem Bildnis eine Beschreibung seines Eindrucks und seiner Auffassung von der Persönlichkeit des von ihm zu Porträtierenden[40]). Das Bild als solches ist daher nur Mittel zur Verdeutlichung einer Idee, der gegenüber die stofflichen Elemente, die ihrer Wiedergabe dienen, in den Hintergrund treten[41]).

b) Nachdem festgestellt ist, daß ein von einem Künstler angefertigtes Bildnis als ein immaterielles Werk zu gelten hat, wenden wir uns der Frage zu, ob die Meinung, die den § 651 auf Werke immaterieller Natur für unanwendbar erklärt, zu Recht besteht.

So vertritt Planck[42]) die Anschauung, daß die Begriffsbestimmung des „Werkes“ in § 651 anders zu fassen sei, als in § 631, da der letztere auch immaterielle Werke mit umfasse, wovon bei § 651 nicht die Rede sein könne.

---

39) So auch Crome § 265, 2; Thelen S. 10.

40) Vgl. Kohler, d. lit.. u. artist. Kunstwerk u. s. Autorschutz. S. 50: „Die Tat des Malens im Porträt wird charakterisiert durch die Art und Weise, wie der Maler die geistigen Züge aus der Person herauslockt.“

41) Thelen a. a. O. sagt hierzu treffend: „... Es ist zu beachten, daß nicht das Vollziehen des Malens im techn. Sinne für die Wertbestimmung maßgebend ist, sondern die Auffassung, der Ausdruck, das Ideale des Bildes, die künstlerische Idee: das immaterielle Werk.“

42) Planck § 651, 2c, α.

Der gleichen Meinung ist Lotmar[43]), der sie folgendermaßen begründet:

Der ganze § 651 beziehe sich auf die Herstellung einer Sache, nicht nur Abs. 1, sondern auch Abs. 2. Dies ergebe sich u. a. aus den Wendungen „nur" und „ausschließlich", deren sich der Abs. 2 bediene. Wenn nämlich „ausschließlich" die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung finden sollen, so sei nicht erfindlich, welche anderen Vorschriften ausgeschlossen werden müßten als die Bestimmungen über den Kauf. Damit sei aber verdeutlicht, daß hier nur ein Vertrag auf Herstellung einer Sache vorausgesetzt werde, da ja an die Herstellung eines Rechts nicht zu denken sei.

Schließlich aber könne es sich doch bei der „Beschaffung von Zutaten und sonstigen Nebensachen" nur um eine Sachleistung handeln; da aber körperliche Sachen als Zutaten zu unkörperlichen Werken nicht vorstellbar seien, so ergebe sich daraus, daß auch in Abs. 1 nur körperliche Werke gemeint sein könnten.

Auch Weil[44]) schließt sich der Meinung an, indem er darauf hinweist, daß der Abs. 1 von der Übergabe und der Eigentumsverschaffung der hergestellten „Sache" spreche. Man müsse ferner beachten, daß das Gesetz an keiner Stelle bei der Erwähnung von Nebensachen an immaterielle Gegenstände denke.

Auch aus dem Begriff der Nebensache folge die Richtigkeit der von ihm vertretenen Ansicht: Ursprünglich sei jede Nebensache Hauptsache und habe erst durch gewisse Beziehungen zu anderen Hauptsachen Nebensachenqualität erhalten. Der Begriff der Hauptsache sei aber im BGB. festgelegt als körperliche Sache. Somit sei für immaterielle Gegenstände in diesem Zusammenhang kein Raum.

Ochß[45]) stützt sich gleichfalls auf den Wortlaut des § 651, der sich deutlich des Ausdrucks „Sache" bediene. Der Gegensatz, in dem Abs. 1 und Abs. 2 zu einander ständen, deute darauf hin, daß Abs. 1 eine Hauptsache im Auge habe, die gemäß § 90 BGB. nur körperlicher Natur sein könne.

Gegen die Meinung, daß unter § 651 nur körperliche Werke fielen, wendet sich Oertmann[46]), der den Abs. 2 zumindest entsprechend anwenden will. Denn, so führt er aus, es beständen z. B. keine Bedenken, die Kisten

43) I S. 180.
44) S. 46/47 und S. 12.
45) S. 5.
46) § 651, 2a.

zum Bücher- und Möbeltransport beim Spediteurgeschäft als „Zutaten" anzusehen.

Auch Staudinger[47]) und Crome[48]) teilen diese Auffassung, wobei letzterer auch die Plomben des Zahnarztes, das Packmaterial zur Beförderung von Kisten und die Farben des Malers als Zutaten zu einem immateriellen Werke ansprechen will.

Meines Erachtens ist die Beweisführung Lotmars, der die Unanwendbarkeit des § 651 auf immaterielle Werke aus dem Wortlaut des Abs. II des gleichen Paragraphen herleiten will, nicht schlüssig.

Es ist wohl richtig, daß in dem Abs. II des § 651 Kaufrechtsbestimmungen völlig außer Betracht bleiben sollen. Dies geschieht, da die rechtliche Natur des dort in Rede stehenden Vertrages dem Werkvertrag sehr ähnlich ist. Man kann aber nicht daraus schließen, daß immaterielle Werke damit ebenfalls auszuscheiden hätten. An die Herstellung eines „Rechtes" wird hier überhaupt nicht gedacht: Nur die Herstellung eines materiellen bezw. immateriellen Werkes ist Gegenstand der Erörterung.

Wenn Weil und Ochß darauf hinweisen, daß das Gesetz im Abs. I das Wort „Sache" verwendet, so ist dem entgegen zu halten, daß das Gesetz zuerst von dem herzustellenden „Werke" spricht und dann erst fortfährt, die Übergabe und Eigentumsverschaffung der „hergestellten Sache" zu behandeln. Das „Werk" ist demnach der allgemeinere Begriff, unter den materielle wie immaterielle Leistungen rechnen. Die Sache ist freilich — gemäß § 90 BGB. — lediglich ein körperliches Gebilde. Daß das Gesetz sich dann nur noch des Ausdrucks „Sache" bedient, ist folgerichtig, denn Übergabe und Eigentumsverschaffung sind doch nur bei körperlichen Sachen möglich. Diese Sache kann trotzdem nach unserer Definition ein im übrigen immaterielles Werk darstellen.

Auch das weitere Argument von Weil, daß nirgends im ganzen BGB. der Begriff der Nebensache in Zusammenhang mit einer immateriellen Leistung erscheine, kann nicht durchdringen.

Wie Weil selbst ausführt, ist der Begriff der Nebensache im BGB. kein einheitlicher[49]). Die Merkmale, die zur Kennzeichnung des Begriffes führen, sind für obligatorische und dingliche Rechtsverhältnisse durchaus ver-

---

47) § 651 III c.
48) § 265, 2.
49) Weil S. 16. Vgl. ferner Staudinger § 947, 1a, § 470 u. die dort angeführten Meinungen.

schieden[50]). Allerdings soll in jedem Falle in erster Linie die Verkehrssitte entscheidend sein[51]).

Gibt nun das Gesetz für die Abgrenzung des Begriffes der Nebensachen keine feste Regel, so unterliegt es keinem Bedenken, auch von Zutaten bei immateriellen Werken zu reden. Ich glaube, daß es durchaus der Verkehrsanschauung entspricht, in diesem Zusammenhang die Kisten zum Bücher- und Möbeltransport als Zutaten zu bezeichnen[52]).

Aus diesen Darlegungen ergibt sich ferner, daß die Meinung Weils über die Herleitung des Begriffs der Nebensache als ursprüngliche Hauptsache nicht begründet ist. Wie oben bereits dargelegt, lassen die Motive[53]) allein das freie Ermessen des Richters, der hierbei nach der Auffassung des Verkehrs zu urteilen hat, über die Nebensacheneigenschaft entscheiden. Daß hierbei nur Sachen in Betracht kommen, die mit einer Hauptsache verbunden würden, ist im Gesetz nirgends ausgesprochen.

Haben also alle Argumente, die für die Unanwendbarkeit des § 651 auf immaterielle Werke sprechen sollten, versagt, so ist als Ergebnis unserer Untersuchung festzustellen:

Der Begriff des „Werkes" in § 651 steht in Übereinstimmung mit dem gleichen Begriff in § 631 und umfaßt sowohl materielle wie immaterielle Leistungen.

c) Hat die vorhergehende Untersuchung ergeben, daß grundsätzliche Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 651 auf materielle Werke nicht bestehen, erhebt sich die Frage, ob wir in dem Porträtierungsvertrag einen Werklieferungsvertrag nach § 651, I oder einen Werkvertrag gemäß Abs. II vor uns haben.

§ 651, II bestimmt, daß für den Fall, in dem der Unternehmer sich nur zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen verpflichtet hat, ausschließlich die Bestimmungen über den Werkvertrag Anwendung zu finden hätten.

Wir haben demnach zu prüfen, ob Rahmen, Leinwand und Farben im Hinblick auf das fertige Werk als Hauptsache erscheinen oder ob sie von

---

50) Weil a. a. O.

51) Staudinger a. a. O.; Mot. III S. 359: „Die Entscheidung, welche Sache als Hauptsache zu betrachten ist, überläßt der Entwurf dem Richter, welcher hierbei nach der Auffassung des Verkehrs zu urteilen hat."

52) Vgl. oben S. 15.

53) Vgl. oben Anm. 51.

derart untergeordneter Bedeutung sind, daß man sie als bloße Zutaten oder Nebensachen anzusehen hat.

Die Frage, wann eine Sache als Zutat oder Nebensache[54]) gelten muß, ist im Schrifttum lebhaft umstritten.

1. Die eine Meinung[55]) entscheidet diese Frage allein nach dem Verhältnis der spezifisch körperlichen Stoffsubstanzen. Nach ihr ist die Sache, an der die Arbeiten anzubringen sind (Arbeitssubstrat) und das, was der Arbeiter angefügt hat, zu vergleichen.

2. Die andere Meinung stellt es zwar ebenfalls auf das Wertverhältnis des vom Arbeiter gelieferten Stoffes zum Arbeitssubstrat ab, aber betont, daß es nicht auf das Verhältnis zu dem bereits vorhandenen, sondern nur zu dem durch die Arbeit erst hinzuzufügenden Material ankomme[56]). Maßgebend ist hierbei also, ob der Arbeiter den gerade zu seinem besonderen Arbeitserfolg neu zu verwendenden Stoff hauptsächlich oder nur als Nebensache geliefert hat.

Für die erste Meinung spricht zweifellos der Inhalt des Vertrages:

Es ist nicht zu übersehen, daß die Vergütung für die vom Unternehmer geleisteten Nebensachen bei der Entgeltleistung des Bestellers im allgemeinen nicht besonders in Erscheinung tritt. Die Bezahlung des Unternehmers ist in erster Linie eine Entlohnung seiner Arbeitsleistung, wobei die Lieferung von Nebensachen unberücksichtigt bleibt.

Eine uneingeschränkte Annahme dieser Ansicht kann jedoch — wie unten noch des näheren zu erörtern sein wird — im Hinblick darauf, daß bei ihr lediglich Stoffsubstanzen zum Vergleich gegenüberzustellen sind, nicht stattfinden.

Riezler, der die zu 2) vorgetragene Meinung vertritt, führt des Näheren aus[57]): „Es kommt nicht darauf an, ob der vom Unternehmer gelieferte Stoff im Verhältnis zu seiner Arbeit als Nebensache erscheint, sondern nur darauf, ob er im Verhältnis zu dem übrigen zu verwendenden Stoffe Nebensache ist.“ Hierzu wird beispielsweise von Riezler dargelegt, daß der

---

54) Aus der Wortfassung des Gesetzes „Zutat oder sonstige Nebensachen“ ergibt sich, daß Zutaten immer Nebensachen sind. Der begriffliche Unterschied zwischen beiden liegt darin, daß als Nebensache jede Sache gelten kann, die kraft Verkehrsanschauung oder Parteiwillen als solche angesehen wird. Die Zutat besitzt jedoch Nebensachenqualität von Natur aus. Sie wird nur mit „Rücksicht auf ihre Notwendigkeit für andere Sachen hergestellt“ (vgl. Weil S. 45).

55) Staudinger § 651, III a.

56) Riezler S. 93; Lotmar I S. 210.

57) S. 63, 64.

Maler, der sich verpflichtet, ein Porträt zu malen und hierzu Leinwand und Farben, wie es üblich ist, selbst stelle, keinen Werkvertrag schließe, wenn auch der Wert der Materialien im Vergleich zur schöpferischen Tätigkeit des Künstlers noch sehr als Nebensache erscheine.

Demgegenüber soll nach Riezlers Ansicht § 651, II Anwendung finden, wenn es sich um die Beigabe materieller Zutaten zu einem der Hauptsache nach immateriellen Werk handele. So, wenn der Anwalt, von dem ein Gutachten gefordert wird, dieses schriftlich abgebe und auf ihm gehöriges Papier schreibe. Man müsse es als eine überflüssige Umständlichkeit in der Konstruktion betrachten, wollte man etwa hier neben dem Werkvertrage noch ein besonderes auf den Kauf des Papiers gerichtetes pactum adiectum annehmen.

Diese hier von Riezler gemachte Unterscheidung zwischen dem von einem Künstler angefertigten Porträt und dem Gutachten eines Anwaltes geschieht m. E. nicht zu Recht.

Das, was Riezler veranlaßt hat, beide Fälle verschieden zu behandeln, ist offenbar auf den Umstand zurückzuführen, daß die Arbeit des Künstlers allein in Form eines stofflichen Substrats zum Ausdruck gelangen kann, während dies bei dem anwaltlichen Gutachten nicht der Fall ist. Riezler sieht infolgedessen in dem Porträtbild ein materielles Werk, bei dem die geistige Arbeit mit den stofflichen Elementen nicht in Vergleich gebracht werden kann, was bei dem anwaltlichen Gutachten ohne weiteres möglich sei, da dies ja stets immateriellen Charakter trage.

Nach dem oben[58]) über das Wesen eines immateriellen Werkes Ausgeführten ist die Auffassung Riezlers abzulehnen. In beiden Fällen, dem Porträtbild wie dem anwaltlichen Gutachten, steht die geistige Arbeit des Urhebers gegenüber dem materiellen Produkt derart im Vordergrund, daß dieses an Bedeutung hinter dem immateriellen Werk zurückbleibt.

Auch Thelen[59]) vertritt diese Ansicht, indem er darauf hinweist, „daß der äußere Erfolg lediglich Wertmesser des idealen Wertes und sinnenfälliger Vermittler seines geistigen Gehaltes ist, und daß der innere Wert des Bildes ausschlaggebend bleiben muß, wofern man nicht in ihm die lediglich technische Zusammenfügung von Farben und Leinwand erblicken will."

58) S. 12, 13.
59) S. 10.

Man kann Thelen nur beipflichten, wenn er zur Widerlegung Riezlers weiterhin ausführt: Das Gesetz selbst ließe der von Riezler als gegensätzliches Beispiel herangezogenen Arbeit des Anwaltes als „immateriellen Werke" und der Arbeit des Malers völlige Gleichberechtigung angedeihen. In § 950 BGB. spreche nämlich das Gesetz von dem Eigentumserwerb durch Verarbeitung oder Umbildung, und zwar solle dem Verarbeiten die Bearbeitung der Oberfläche durch Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken usw. gleichstehen. Das Gesetz gehe also davon aus, daß die umschaffende Arbeit gegenüber der stofflichen Grundlage für den Eigentumserwerb als überwiegender Faktor gelte. Dies bedeute aber, auf unsere Beispiele angewandt, daß es die Tätigkeit des Anwaltes und die des Malers als gleichwertige nebeneinander stelle und für beide unter den gleichen Voraussetzungen die gleichen Wirkungen eintreten lasse.

Gegen die Ansicht Riezlers spricht ferner, daß man bei ihrer praktischen Anwendung auf erhebliche Schwierigkeiten stößt: Ein Vergleich, unter den bei dem Arbeitssubstrat neu zu verwendenden Stoffen muß in den meisten Fällen zu unlösbaren Zweifeln Anlaß geben, da es sich häufig um Dinge handeln wird, die sich untereinander gleichwertig gegenüberstehen[60]).

Daß Riezler selbst die sich aus seiner Auffassung ergebenden Folgen nicht zufriedenstellen, zeigt, daß er im Zusammenhang mit dem oben angeführten Beispiel zugibt[61]), daß u. U. nach scheinbar geringfügigen Äußerlichkeiten entschieden werde, und daß der Zweckgedanke, welcher überall, wo das Arbeitsmoment gegenüber dem Stoffmoment im Vordergrund stehe, die Annahme eines Werkvertrages fordern würde, Modifikation erleidet.

Diese Bedenken glaubt Riezler jedoch mit dem Hinweis beiseite tun zu können, daß ähnliche Übelstände fast überall da auftreten, wo klare und sichere Abgrenzungen vorgenommen werden müßten. Sie könnten keinen Grund abgeben, das im ganzen richtige Prinzip, welches der Gesetzgeber der Scheidung zwischen Kauf- und Werkvertrag zugrunde gelegt habe, zu verurteilen.

Derartige allgemein gehaltene Ausführungen sind aber m. E. dort nicht am Platze, wo unhaltbare Ergebnisse doch zur Nachprüfung der Richtigkeit

60) Oertmann § 651, 2a bringt dazu das Beispiel eines einzubindenden Buches, und fragt: Sind der Rücken oder die Pappschalen des Einbandes als Hauptsache anzusehen?

61) Riezler S. 64 Anm. 18.

des Prinzips Anlaß geben sollten. Daß aber der von Riezler aufgestellte Grundsatz nicht richtig ist, ist bereits hinreichend dargelegt worden.

Lotmar[62]) vertritt die gleiche Meinung wie Riezler.

Er gelangt daher hinsichtlich des Porträtmalvertrages zu dem Ergebnis, daß, wenn bei einem bildenden Künstler ein Gemälde oder eine Statue bestellt werde und der Künstler den zur Herstellung des Kunstwerks erforderlichen Stoff zu beschaffen habe, der Vertrag einen Kauf darstelle, sofern der Besteller ein Kunsthändler sei. Dagegen müsse im gleichen Fall ein Werklieferungsvertrag angenommen werden, wenn der Besteller als Privatmann kontrahiere[63]).

Die Richtigkeit seiner Ansicht will Lotmar insbesondere an dem Beispiel des Bauhandwerkers erläutern: Der Bauhandwerker, der die zur Errichtung eines Hauses erforderlichen Materialien beschaffe, schließe einen Werklieferungsvertrag gemäß § 651, I. Man könne nicht behaupten, daß es sich etwa hierbei nur um bloße Zutaten handele, denn wer einen Stoff zu der Sache, die er neu herzustellen hat, selber beschaffe, beschaffe nicht nur Zutaten.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten: Folgt man Lotmars Ansicht, deren Ergebnis er selbst als „seltsam" bezeichnen muß, so käme man dazu, den Bauhandwerker den § 648, der dem Unternehmer eine Sicherungshypothek für seine Forderungen am Grundstück des Bestellers einräumt, zu versagen[64]), was schlechthin unmöglich ist.

Die von Riezler und Lotmar aufgestellte Theorie muß namentlich deshalb als bedenklich bezeichnet werden, da sie im Ergebnis darauf hinausläuft, die Anwendbarkeit der Regeln des Werkvertrages erheblich einzuschränken[65]).

Zutreffend weist auch Oertmann[66]) darauf hin, daß bei einer Befolgung der obigen Ansicht eine klaffende Lücke zwischen dem Werkvertrag und dem Kauf geschaffen werde. Man dürfe nicht übersehen, wie wenig die Bestimmungen des Kaufes auf solche Fälle paßten, in denen das Arbeitsergebnis

---

62) Lotmar I S. 210 ff.

63) Diese Unterscheidung gründet sich offenbar auf die Annahme, daß es bei dem mit dem Kunsthändler geschlossenen Vertrage dem Besteller nicht so sehr auf die Arbeit als vielmehr auf das fertige Produkt ankomme.

64) Oertmann spricht in diesem Zusammenhang von dem „ohnedies mageren Schutz des § 648".

65) So auch Oertmann a. a. O.

66) Oertmann a. a. O.

als bloße Nebensache zu einem anderweit vorhandenen Arbeitssubstrat rechtlich ohne weiteres dessen Schicksal teilte (vgl. §§ 946, 947 II).

Wenn Lotmar[67]) davon spricht, daß die hierfür einschlägigen römischen Stellen 22 § 2 D 19. 2 und 20 D 18. 1 zur Widerlegung seiner Meinung nicht herangezogen werden könnten[68]), so muß man dazu sagen: Zwar ist es richtig, daß ein Vertragstyp wie der Werklieferungsvertrag damals nicht bekannt war und der Gesetzgeber infolgedessen die von ihm erörterten Fälle hierunter zu subsumieren nicht imstande war, doch aus der zuletzt genannten Stelle ist zu entnehmen, daß im Falle eines Hausbaues auf einem dem Besteller gehörigen Platze der Baugrund als vom Besteller gelieferter Stoff angesehen wird. Das steht in direktem Widerspruch mit den Ausführungen Lotmars, der der Ansicht ist, daß der Bauhandwerker bei der Errichtung eines Hauses allen Stoff zur Sache beschaffe, sofern ihm die Lieferung der Materialien obliege, und daß es nicht richtig wäre, auf die Hergabe des Bodens und des Mauerwerks zu verweisen. Boden und Mauerwerk sei kein Stoff, aus dem der Unternehmer die von ihm herzustellende Sache anfertige.

Während also die römische Stelle in dem Boden Stoff für den Bau des Hauses erblickt, will Lotmar dem Baugrund diese Eigenschaft streitig machen. Ist man aber zu der Auffassung gelangt, daß der Boden doch als Stoff zu gelten habe, kann man m. E. nichts anderes tun, als ihn auch im Hinblick auf die zum Hausbau erforderlichen Materialien als Hauptsache zu bezeichnen[69]).

Waren es bisher grundsätzliche Bedenken, die gegen die zu 2) vorgetragene Meinung sprachen, so steht ihrer Anwendung auf unseren Fall der Umstand entgegen, daß sie bei der Entscheidung über die Nebensachen-Qualität von der vergleichsmäßigen Gegenüberstellung von Stoffsubstanzen ausgeht, jedoch diese Fälle, bei denen eine Wertung zwischen Stoff und immaterieller Arbeit vorgenommen werden muß, unberücksichtigt läßt.

3. Aus der Erwägung heraus, daß somit alle die Fälle ohne Lösung bleiben, bei denen sich Stoff und immaterielle Werte gegenüberstehen, stellt eine dritte Ansicht es auf einen Vergleich zwischen dem Stoff und der vom

67) I S. 214 Anm. 1.
68) Dies gibt Oertmann a. a. O. seltsamerweise zu.
69) Vgl. OLG. Bd. 17 S. 418; Ferner Emerich S. 38: Bei einem Hausbau auf einem dem Besteller gehörigen Grundstück könne nie ein Werklieferungsvertrag vorliegen.

Unternehmer geleisteten Arbeit ab. Sie nimmt daher einen Werkvertrag an, sofern der Stoff im Verhältnis zur Arbeit nur als „Zutat" oder „Nebensache" erscheint.

Kann diese Ansicht auch nicht generell Verwendung finden, da gemeinhin nach Fassung und Bedeutung des § 651 ein Vergleich der stofflichen Elemente am Platze ist[70]), so erscheint es doch unbedenklich, die obige Auffassung dort zugrunde zu legen, wo einmal immaterielle Arbeit zu werten ist.

Diese Meinung vertritt auch Crome[71]), wenn er darlegt, „daß es der Anwendung der gewöhnlichen Regeln des Werkvertrages keinen Abbruch tue, sofern der Unternehmer sich zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen zu einem im übrigen immateriellen Werk verpflichte, z. B. der Arzt liefert zugleich die Medizin, der Zahnarzt die Plombe, der Maler die Farben"[72]).

Es ist daher festzustellen:

§ 651, II erfordert grundsätzlich die Anwendung der zu 1) angeführten Theorie, die das vorhandene Arbeitssubstrat mit dem vergleicht, was der Arbeiter an Stoff anzufügen hat. Für die Fälle aber, in denen eine derartige Abwertung nicht möglich ist und immaterielle Arbeit als Wertfaktor gegenübersteht, muß die dritte Ansicht als Grundlage dienen.

Dies auf unseren Fall angewandt, ergibt, daß die vom Maler gelieferten Farben mit Rücksicht auf die ihnen gegenüberstehende künstlerische Arbeit als bloße Zutaten erscheinen[73]) und infolgedessen der Vertrag, der die Anfertigung eines Porträts zum Gegenstand hat, als Werkvertrag i. S. des § 651, II anzusehen ist[74]).

---

70) S. oben S. 17.

71) Crome Bd. II, Teil 2, § 265, 2.

72) So auch Oertmann § 651, 2a; Staudinger § 651, III a, β, III c; Telen S. 10.

73) A. M. Ehrenberg: Man kann Leinwand und Farben doch nicht wohl als „bloße Zutaten" bezeichnen; was wäre sonst bei dem Dinge, welches Gemälde heißt, als Hauptsache zu bezeichnen?

74) a. M. Kreß S. 211, der einen solchen Vertrag als Werklieferungsvertrag nach § 651, I bezeichnet. Seine Stellungnahme ist jedoch nicht eindeutig, da er unter Ablehnung der hier vertretenen Auffassung weiterhin Folgendes ausführt: „Die Beimischung der Verkäuferleistung — die Leinwandübereignung — ist hier von so geringer praktischer Bedeutung, daß sie zumeist unbeachtet bleibt und reine Werkverträge angenommen werden." So auch Adler S. 329, der unter Uebergehung des § 651, II einen Werkvertrag gemäß § 631 annimmt. Vgl. auch OLG. Hamburg in Seuff. Arch. 72 Nr. 175

§ 7.

Die vorstehenden Erörterungen haben zu dem Ergebnis geführt, den Porträtierungsvertrag als einen Vertrag zu betrachten, auf den die Vorschriften über den Werkvertrag (§§ 631 ff.) Anwendung finden. Danach würden auch die Bestimmungen über die Mängelhaftung beim Werkvertrage, § 633 ff., für den Porträtmalvertrag Platz greifen.

Es ist jedoch sehr zweifelhaft, ob die angeführten Vorschriften ohne weiteres auch für den hier in Frage stehenden Vertrag Geltung haben können; denn das Gesetz geht offenbar an diesen Stellen davon aus, nur materielle Werke vor sich zu haben[75]). Die einschlägigen Bestimmungen passen jedenfalls schlecht für alle diejenigen Werke, die immateriellen Charakter tragen.

Die folgenden Untersuchungen sollen sich daher darauf beziehen, festzustellen, ob und inwieweit die Mängelhaftungsbestimmungen des Werkvertrages auch auf immaterielle Werke im allgemeinen und den Porträtierungsvertrag im besonderen Anwendung zu finden haben.

Es wird im Schrifttum vorwiegend angenommen, daß die Bestimmungen der §§ 633 ff. grundsätzlich auch für immaterielle Werke Geltung hätten[76]). Doch sei es notwendig hierbei, die Lage des Einzelfalles zu berücksichtigen und jeweils nach ihrer Eigenart zu entscheiden.

Auf Grund dieser Erwägung glaubt daher Staudinger[77]), daß der Anspruch auf Beseitigung des Mangels aus § 633, die Wandelung und regelmäßig auch die Minderung auf materielle Werke beschränkt bleibe.

Auch Oertmann[78]) steht auf einem ähnlichen Standpunkt, indem er die Anwendung des Beseitigungs- und des Minderungsanspruchs für nur schwer durchführbar erklärt.

Rümelin[79]) geht erheblich weiter, wenn er unter dem Hinweis auf die Schwierigkeiten, die sich bei Anwendung der fraglichen Bestimmungen ergeben, die formelle Gleichstellung materieller und immaterieller Werke ablehnt und entgegen den Motiven II S. 508 die Heranziehung der §§ 633 ff. für immaterielle Werke versagt.

---

75) So auch Riezler S. 122; Rümelin S. 203.
76) So Staudinger, § 633, 3; Riezler S. 124; Oertmann § 633, 1 a; Warneyer § 633, I; Korintenberg S. 324 Anm. 6; Mot. II S. 508.
77) Staudinger a. a. O.
78) Oertmann a. a. O.
79) Rümelin S. 203.

Er führt dazu aus: § 633, der einen Beseitigungsanspruch für vorhandene Mängel gewähre, könne überhaupt nur bei einem sachlichen Substrat in Frage kommen. Eine Wandelung sei deshalb nicht möglich, da sich bei Anwendung des § 346 auf Rückgewähr mangelhafter Dienste Schwierigkeiten ergäben. Ebenso scheide auch eine Minderung aus, da sich irgend ein Maßstab, nach dem die für die Minderung notwendigen Zahlen gewonnen werden könnten, bei den immateriellen Werken nicht finden ließe.

Die Verweigerung der Gegenleistung und Schadensersatzklage seien genügende Rechtsbehelfe.

Sämtliche Schriftsteller begehen den Fehler, daß sie bei ihren Erörterungen von der Vorstellung ausgehen, es handele sich bei den immateriellen Werken stets um solche, die lediglich in einer Arbeits- oder Dienstleistung beständen und dabei diejenigen Werke vergessen, die zwar immaterieller Natur sind, wohl aber gleichzeitig in einem körperlichen Arbeitssubstrat, einer Sache, in Erscheinung treten[80]).

Hinsichtlich der ersten Gruppe von Fällen ergeben sich bei der Anwendung der Mängelhaftungsbestimmungen verschiedentlich Schwierigkeiten. Diese jedoch zum Anlaß zu nehmen, um eine formelle Gleichstellung materieller und immaterieller Werke abzulehnen und die §§ 633 ff. grundsätzlich für unanwendbar zu erklären — wie Rümelin dies tut — ist m. E. nicht angängig. Nicht umsonst betonen die Motive II S. 506 ff., daß die immateriellen Werke eine den materiellen völlig gleiche Behandlung erfahren sollten.

Freilich ist der Anspruch auf Beseitigung des Mangels dort undenkbar, wo es sich um eine Leistung handelt, die überhaupt kein körperliches Substrat aufweist.

Ähnlich verhält es sich mit der Minderung. Es ist zuzugeben, daß ein Maßstab, der den Umfang der Minderung feststellt, meistens nicht vorhanden sein wird. Wie sollte man z. B. eine Wertung hinsichtlich der Qualität einer schauspielerischen Leistung, eines Vortrages oder einer Unterrichtserteilung vornehmen? Anders, sofern sich in der Zeit ein Wertmesser findet. Hier ist es durchaus möglich, die Gegenleistung insoweit zu kürzen, als die bewirkte Leistung hinter der vertraglichen zurückbleibt.

Es ist jedoch nicht einzusehen, warum eine Wandelung ausgeschlossen sein soll.

80) Vgl. Riezler S. 124.

Wie Rümelin selbst erwähnt[81]), bestimmt § 346 BGB.[82]), daß für geleistete Dienste deren Wert, und sofern eine Gegenleistung in Geld bestimmt war, diese zurückzuerstatten ist. Leistungen, wie die obengenannten, können aber ohne Bedenken unter den Begriff der „Dienste" gerechnet werden. Denn auch das Reichsgericht[83]) und das Kammergericht[84]) haben sich dahin ausgesprochen, daß der Begriff der „Dienste" im Sinne des § 346 alle Leistungen umfasse, deren Natur die Rückgewähr unmöglich mache.

§ 346 kann jedoch für den vorliegenden Fall nur mit der Einschränkung zur Anwendung gelangen, daß von dessen Schlußsatz, der dem Unternehmer die volle Gegenleistung in Geld beläßt, gänzlich abgesehen wird[85]).

Das bedeutet: Der Besteller hat dem Unternehmer stets nur den Wert der geleisteten „Dienste" zu vergüten, braucht aber keinesfalls die vertraglich festgelegte Gegenleistung zu erbringen.

Diese Annahme ist durch die Erwägung gerechtfertigt, „daß die Anwendbarkeit des § 346 auf den Fall der Wandelung beim Kauf nach § 467 nur eine „entsprechende" ist, daß weiterhin die Vorschriften über die Kaufwandelung auf die Werkwandelung lt. § 634, IV wiederum nur entsprechend anwendbar sein sollen, sodaß im Ergebnis der § 346, 2 auf unseren Fall nur mit doppelter Einschränkung zur Geltung zu kommen habe"[86]). Würde man nämlich § 346 wörtlich zur Anwendung bringen, so hieße das, mit Lotmars[87]) Anschauung dem Unternehmer trotz seiner minderwertigen Leistung seinen vollen Werklohn zu belassen. Ein unhaltbares Ergebnis!

Zusammenfassend ist daher festzustellen: Die Wandelung ist grundsätzlich auch bei immateriellen Werken mit der Maßgabe möglich, daß nicht die in Geld bestehende Gegenleistung, sondern nur der Wert der verbleibenden Werkleistung dem Unternehmer zu entrichten ist.

---

81) Rümelin a. a. O.
82) der über § 634 IV, 467 BGB. zu entsprechender Anwendung kommt.
83) Urteil des RG. in JW 1911/756 = Gruch. 56/S. 113: Hier hatte der Unternehmer ein Bohrloch herzustellen gehabt. Da die Arbeit fehlerhaft ausgeführt worden war, hatte der Besteller von seinem Wandelungsrecht Gebrauch gemacht.
84) KG. in Warn. 1914/Nr. 45: „Diesem in dem Gesetze nur für die bezeichneten Sonderfälle ausgesprochenen Rechtsgedanken darf allgemeine Geltung auch für andere Fälle der Unmöglichkeit der Rückgewähr beigemessen werden.
85) So Oertmann in Recht 20/153.
86) Oertmann a. a. O. S. 155.
87) Lotmar II, 667.

§ 8.

Anders zu behandeln als die bisher aufgeführten Fälle sind diejenigen inmateriellen Werke, die gleichzeitig in einem körperlichen Substrat Gestalt annehmen[88]). Bei diesen wird man im allgemeinen die §§ 633 ff. anwenden dürfen. Ist z. B. das von einem Bühnenautor verfaßte Schauspiel nachlässig verfertigt worden, so steht einer Beseitigung der Mängel im Wege der Nachbesserung nichts im Wege. Ebenso aber wird auch gegen eine Wandelung, Minderung oder Schadensersatzklage des geschädigten Theaterdirektors nichts einzuwenden sein.

Das Gleiche gilt für den Fall, in dem ein wissenschaftliches Gutachten einen lückenhaften oder oberflächlichen Inhalt aufweist.

Wie sich die Mängelhaftungsbestimmungen des Werkvertrages im Einzelnen bei dem Porträtmalvertrag gestalten, und wie sie durchzuführen sind, soll jetzt im Folgenden untersucht werden.

§ 633, I BGB. bestimmt: „Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern."

Voraussetzung für das Zutreffen der Mängelhaftungsbestimmungen ist also, daß das Werk entweder die zugesicherten Eigenschaften nicht hat oder mit Fehlern behaftet ist. Da die Frage, wann eine zugesicherte Eigenschaft vorliegt, sich allein nach den jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen der Parteien richtet und daher für den Einzelfall verschieden beurteilt werden muß, ist sie für unsere Untersuchung ohne Bedeutung. Zu prüfen ist aber, wann man bei einem Porträt von einem „Fehler" sprechen darf.

a) Der Begriff des „Fehlers" ist sowohl für die Vorschriften des Kaufrechts als auch für die des Werkvertrages der gleiche. Man versteht unter „Fehler" im Sinne von § 633 ein Zurückbleiben des Werkes hinter der normalen Beschaffenheit[89]).

Nach dieser Definition dürfte kein Zweifel bestehen, daß ein Fehler immer dann vorliegt, wenn das Gemälde in seiner körperlichen Beschaffenheit Nachteile aufweist, die auf Verwendung mangelhaften Materials zu-

---

88) So auch Riezler a. a. O.
89) Staudinger § 459 II, 3; Oertmann § 459, 4; RG. 97/351.

rückzuführen sind. Hierher gehörte der Fall, daß das Porträt bereits kurze Zeit nach Ablieferung nachdunkeln oder Flecke zeigen würde, die Farben sich in anderer Weise veränderten oder das ganze Bild mit Sprüngen und Rissen sich überzöge. Es ist nicht zu vermeiden, daß im Verlauf mehrerer Jahre sich an einem Ölbild Mängel der angegebenen Art herausstellen. Jedoch entspricht es nicht der normalen Beschaffenheit eines solchen Werkes, wenn bereits bald nach seiner Lieferung derartige Merkmale auftreten, ohne daß Umstände seitens des Bestellers mitgewirkt haben, die sie beschleunigt herbeiführten.

Größere Schwierigkeiten bieten jedoch die Fälle, in denen es sich nicht um Mängel des Materials (technische Mängel), sondern um Mängel in der künstlerischen Ausführung handelt.

Hier wird man wiederum mehrere Möglichkeiten zu unterscheiden haben.

1. Denken wir zuerst an den Fall, der hier am nächsten liegt: Bei der Ablieferung des Porträts zeigt sich, daß das Bildnis keinerlei Ähnlichkeit mit dem Darzustellenden aufweist und kaum zu identifizieren ist.

Das OLG. Hamburg[90]) hat einen Fall entschieden, dem ein ähnlicher Tatbestand zugrunde lag:

Der Besteller eines Porträts hatte nach dessen Fertigstellung die Abnahme wie auch die Bezahlung des vereinbarten Preises mit der Begründung abgelehnt, daß es unähnlich sei und nicht den Anforderungen entspreche, die vom künstlerischen Standpunkt aus an ein solches Bild zu stellen seien. Das OLG. hatte auf Grund von Sachverständigen-Gutachten festgestellt, daß beide Behauptungen nicht zuträfen, sodaß von einem Fehler, der die Anwendung der gegebenen Rechtsbehelfe rechtfertigte, nicht die Rede sein könne. Es hat aber weiterhin sich grundsätzlich dafür ausgesprochen, daß ein Fehler auch dort nicht anzunehmen sei, wo zwar Unähnlichkeit vorliege, das Bild im übrigen aber künstlerisch ausgeführt worden wäre.

Es sagt hierzu: „In der Frage der Ähnlichkeit ist es nicht anders möglich, als dem Künstler zu überlassen, den Darzustellenden so wiederzugeben, wie er ihn sieht und wie er mit seinen Kunstmitteln, nach seiner Auffassung und den gerade ihm zu Gebote stehenden Fähigkeiten und nach seiner Kunstrichtung ihn darzustellen, in der Lage ist.... Es ist Sache des

90) Urteil vom 2. Juli 1920 in Seuff. Arch. Bd. 76/Nr. 13 S. 21 = JW. 21/1553.

Vertrauens, das man dem Künstler schenkt, von dessen Art und Weise, zu malen, man vor der Bestellung sich überzeugen muß.... Es ist gerichtsbekannt, daß die Bildnisse anerkannter und berühmter Maler von weiten Kreisen, ganz besonders aber von den nächsten Angehörigen der Dargestellten, unähnlich gefunden und mißfällig beurteilt werden. An dem hohen Kunstwert solcher Bildnisse ist trotzdem nicht zu zweifeln."

Diesen Ausführungen des OLG. stehen doch einige Bedenken entgegen.

Es ist richtig, daß dem Künstler in seiner Arbeit, bei der Darstellung des zu Porträtierenden nach jeder Richtung hin weitgehendste Freiheit gelassen werden muß. Daß dies aber auf Kosten der Ähnlichkeit geschehen soll, ist nicht anzuerkennen.

Ein Porträt hat die Aufgabe, den Dargestellten so wiederzugeben, daß eine gewisse Übereinstimmung mit der Person vorhanden ist. Denn es soll demjenigen, der den Dargestellten kennt, dessen Erscheinung in Erinnerung gerufen und demjenigen, dem der Dargestellte fremd ist, eine Vorstellung von diesem vermittelt werden[91]). Beides ist dort nicht möglich, wo keinerlei Übereinstimmung zwischen Bild und Wirklichkeit herrscht. Hier weicht das Bild von seiner normalen Beschaffenheit ab, da der Begriff des Porträts die Möglichkeit der Identifizierung des Dargestellten mit dem Modell voraussetzt. Daher dürfte es auch nicht richtig sein, wenn das Urteil davon spricht, daß Unähnlichkeit insoweit nicht schade, als das Bildnis im übrigen künstlerisch ausgeführt worden ist.

Es ist daher festzustellen, daß bei absoluter Unähnlichkeit ein Fehler i. S. von § 633 vorliegt.

2. Es fragt sich nun, wie der Fall zu beurteilen ist, in dem zwar von absoluter Unähnlichkeit nicht gesprochen werden kann, jedoch Stil und Auffassung des Malers den Dargestellten in einer Art wiedergeben, die von der gewöhnlichen Betrachtungsweise abweicht und daher auch die körperliche Erscheinung des Abgebildeten erheblich beeinträchtigt.

Man denke beispielsweise an einen Künstler, der ein Porträt nach expressionistischer Auffassung anfertigt. Grundsatz des Expressionismus ist es, beim Porträt die körperliche Naturwahrheit mit Rücksicht auf die seelische zurückzustellen. Der Expressionismus geht hierbei davon aus, daß

91) So sagt auch Oertmann (§ 633, 1b, β, ββ): „Daß „Unähnlichkeit" eines bestellten Porträts kein Mangel sei, hat OLG. Hamburg auf Grund von sog. Sachverständigen-Gutachten zu Unrecht angenommen. Der Besteller will einen Familienbesitz haben, der ohne Aehnlichkeit für diesen zwecklos ist."

die naturgetreue Wiedergabe der körperlichen Wirklichkeit eine umfassende Sichtbarmachung des Seelischen nicht zuläßt. Der Künstler, der ein Anhänger dieser Kunstrichtung ist, ist also gezwungen, Änderungen an der leiblichen Erscheinung vorzunehmen, will er seinem Ziel, die geistige Wirklichkeit des zu Porträtierenden in besonderem Maße zu verdeutlichen und herauszustellen, näherkommen.

Ein in diesem Stil hergestelltes Bild kann aber m. E. nicht als fehlerhaft i. S. von § 633 BGB. bezeichnet werden. Dem Maler muß die Möglichkeit gegeben sein, seiner künstlerischen Auffassung gemäß zu schaffen. Freilich wird er sich dabei bis zu einem gewissen Grade an die körperliche Erscheinungsform zu halten haben, denn sonst dürfte auch hier von einem Porträt nicht mehr die Rede sein.

Die Kunst hat die Aufgabe, Leben und Erleben geformt und gestaltet mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln zum Ausdruck zu bringen.

Bei ihrer Darstellung kann sie nur von der menschlichen Erlebnisweise ausgehen, die in der sinnlichen Erfassung der den Menschen umgebenden Dinge beruht. Die Erlebnisweise jedes einzelnen Individuums ist verschieden. So wird auch die Wiedergabe ein und desselben Stoffes durch mehrere Künstler sich voneinander unterscheiden. Die von der Natur gegebenen Formen sind aber, im Ganzen gesehen, unwandelbar und dürfen auch in der künstlerischen Wiedergabe ihre ursprüngliche Gestalt nicht völlig verlieren. Mißachtet eine Kunstrichtung bei ihrer Ausdrucksart gänzlich die in der Natur vorhandenen Formen, so entfernt sie sich von Wesen und Inhalt der Kunst.

Gilt dieser Satz für die Malkunst allgemein, so hat er für den Zweig der Porträtmalerei erhöhte Bedeutung. Eine Wiedergabe der menschlichen Person kann sich nur an die im Leben existierende Erscheinung des Darzustellenden halten, mag auch hier die künstlerische Betrachtungsweise, die bei jedem Künstler verschieden ist, eine besonders geartete Wiedergabe in Form und Stil rechtfertigen. Innerhalb dieser Grenzziehung jedoch hat der Maler weitgehende Freiheit, und es kann nicht als zulässig angesehen werden, daß auch hier noch eine abwertende Beurteilung über die mehr oder minder große Naturwahrheit vorgenommen wird[92]).

Es hätte der Besteller sich vor Inauftraggeben des Bildes über die Person des Künstlers und seine Malweise vergewissern müssen und erst

92) Vgl. Hoeniger in Anm. 4 z. Urt. d. OLG. Hamburg in JW. 21/1553.

danach seine Entscheidung über den Auftrag treffen sollen. Man kann in diesem Punkte den Ausführungen des oben erörterten Urteils des OLG. Hamburg nur zustimmen, wenn es sagt: „Es ist Sache des Vertrauens, das man dem Künstler schenkt, von dessen Art und Weise, zu malen, man sich vor der Bestellung überzeugen muß."

Dies betont auch Hoeniger[93]), indem er davon spricht, daß die Arbeitsleistung des Künstlers in hohem Maße „selbst-bestimmt" sei. Der Besteller habe sich dem Ermessen des von ihm auserwählten Künstlers anvertraut. Insoweit trage der Besteller das Risiko.

Trotz alledem bleibt die Frage offen, ob für den Fall, daß der Künstler bei der Anfertigung des Porträts neue Wege einschlägt und in einer von seiner bisherigen Art völlig abweichenden Manier malt, die Abnahme vom Besteller verweigert werden darf. Ich möchte diese Frage im Gegensatz zu Hoeniger verneinen.

War vorher festgestellt worden, daß eine besondere stilistische Behandlung des Porträts eine Fehlerhaftigkeit nicht begründet, so kann der Umstand, daß der Maler von seinem ursprünglichen Stil abwich und zu einem andern überging, an diesem Ergebnis nichts ändern. Hier liegt noch immer kein „Fehler" i. S. von § 633 vor. Jeder Entwicklungsgang eines Künstlers bringt mehr oder weniger große Stilschwankungen im Laufe der Zeit mit sich. Sie sind notwendig zur Erreichung des künstlerischen Ziels, der inneren Harmonie und der eigenen stilistischen Gestaltung.

Hoeniger selbst — wie oben ausgeführt — weist ja darauf hin, daß der Besteller in weitem Umfang ganz auf den Maler angewiesen sei und ein gewisses „Risiko" auf sich zu nehmen habe.

Freilich muß dieser Grundsatz dort eine Einschränkung erfahren, wo man aus den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien eine ausdrückliche oder stillschweigende Garantie des Malers, in derselben Manier, wie bisher zu malen, entnehmen darf. Das wird insbesondere immer dann der Fall sein, wenn der Besteller bei Abschluß des Vertrages erkennen ließ, daß er gerade mit Rücksicht auf die Eigenart des Künstlers zu ihm gekommen sei und einen Auftrag erteilt habe.

3. Zu unterscheiden von dem Fall, daß der Künstler auf Grund seines besonderen Stils eine andersartige Darstellung der körperlichen Wirklich-

93) Hoeniger a. a. O.

keit des zu Porträtierenden gab, ist jener, bei dem die von der Wirklichkeit abweichende Wiedergabe sich als Folge einer falschen, nachlässigen Malweise erweist. So z. B., wenn die Körperproportionen des Dargestellten unrichtig wiedergegeben wurden oder die Farbe des Gesichts, der Augen, nicht dem lebenden Vorbild entsprechen.

Ist dies als ein „Fehler" anzusehen? Die Frage aufwerfen, heiß sie bejahen.

Wir hatten oben zwar grundsätzlich festgestellt, daß innerhalb der Grenzen des Porträtmäßigen dem Maler weitgehende Zugeständnisses hinsichtlich seiner künstlerischen Gestaltung gemacht werden müssen, sodaß man eigentlich annehmen könnte, er würde auch hier, soweit das Bild sich im Rahmen der Erfordernisse eines Porträts hielte, Beanstandungen zurückweisen können. Jedoch steht diese Möglichkeit nur dem zu, der sich auf seine künstlerische Arbeit berufen kann, nicht aber auch dem, der diesen Hinweis als Ausrede für sein mangelndes Können benutzen will.

Handelt es sich also bei der veränderten Darstellung nicht um eine notwendige Folge des künstlerischen Stils, sondern um ein Verzeichnen oder einen Mißgriff in der Farbenwahl, so liegt ein Fehler vor, der zur Anwendung der Rechtsbehelfe der §§ 633 ff. berechtigt.

Wohl wird eine Feststellung darüber, auf welchen Umstand die veränderte Wiedergabe im Einzelfall zurückzuführen ist, nicht immer leicht sein, da gerade hier die Grenzen flüssig sind. Doch dürfte in der Mehrzahl der Fälle schließlich eine Entscheidung getroffen werden können.

4. Zuletzt sei noch der Fall erörtert, in dem der Besteller sagt: Das Bild sei zwar ähnlich, jedoch trage der Dargestellte unverkennbar Züge, die ihm im Leben offenbar nicht eigen seien. Das Porträt mute daher fremd und abstoßend an. Der Maler hätte sehen müssen, daß der Dargestellte niemals einen derart „starren und ernsten Gesichtsausdruck" zeigte, sondern stets ein „heiteres und verbindliches Wesen" zur Schau getragen habe. Es bestehe insofern keine Übereinstimmung zwischen Wirklichkeit und Bild.

Geschieht diese Bemängelung zu recht?

Die Antwort auf diese Frage ergibt sich eigentlich aus dem über die „Selbstbestimmung"[94]) der künstlerischen Arbeitsleistung Gesagten von selbst. Der Künstler kann sich in der Auffassung von der Person des Dar-

---

94) Vgl. Hoeniger JW. 21/1553.

zustellenden von Dritten keinerlei Vorschriften machen lassen. Seine Arbeit ist insofern auch der Beurteilung durch den Besteller entzogen. Es kann daher in diesem Falle von einem Fehler des Porträts nicht die Rede sein, sodaß dem Besteller keinerlei Ansprüche zustehen.

b) Hat sich unsere bisherige Untersuchung darauf erstreckt, die Fälle klarzulegen, in denen bei einem Porträt von einem Fehler i. S. des § 633 gesprochen werden konnte, so soll jetzt geprüft werden, welche Rechtsbehelfe sich im einzelnen für den Besteller ergeben. Denn, wie schon oben angedeutet wurde, ist es nicht möglich, die für den Werkvertrag vorgesehenen Mängelhaftungsbestimmungen ohne weiteres auf den Porträtmalvertrag zur Anwendung zu bringen.

Grundsätzlich sehen die einschlägigen Bestimmungen folgende Rechtsbehelfe vor:

Ist das hergestellte Werk mit einem Mangel (Ausbleiben zugesicherter Eigenschaften oder Vorhandensein von Fehlern) behaftet, so kann der Besteller von dem Unternehmer die Beseitigung des Mangels verlangen (§ 633 II, 1), es sei denn die Beseitigung erfordert einen unverhältnismäßigen Aufwand (§ 633 II, 2).

Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge, so kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen und von dem Unternehmer Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.

Der Besteller hat die Möglichkeit, dem Unternehmer zur Beseitigung des Mangels eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, daß er die Beseitigung des Mangels nach Fristablauf ablehne. Ist die Frist abgelaufen, ohne daß Nachbesserung erfolgte, so ist der Unternehmer berechtigt, Wandelung oder Minderung zu verlangen (§ 634, I). Ist der Mangel des Werkes auf einen von dem Unternehmer zu vertretenden Umstand zurückzuführen, darf statt Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden (§ 635).

Für den Einzelfall gilt Folgendes:

Ergibt sich bei Ablieferung des angefertigten Porträts, daß dieses unähnlich und daher mit einem Fehler i. S. von § 633 behaftet ist[95]), so dürfte die Nachbesserungspflicht des Unternehmers für den Besteller kaum in Frage kommen. Abgesehen davon, daß im allgemeinen von demselben Maler, dem sein Bild derart mißglückt ist, eine einwandfreie Leistung

95) Vgl. oben S. 28.

nicht mehr erwartet werden kann, so ist es auch aus technischen Gründen meist nicht möglich, aus einem mißlungenen „Porträt" ein ähnliches Bildnis zu machen.

Auch der Rechtsbehelf der Minderung wird für diesen Fall auszuschließen sein. Ein „Porträt", das unähnlich ist, hat für den Besteller — wie schon oben festgestellt — keinerlei Wert, sodaß die Errechnung einer bloßen Wertminderung überhaupt nicht in Betracht kommen kann.

Für den Besteller bleibt daher allein Wandelung oder Schadensersatzklage übrig, d. h. er kann, sofern er Wandelung begehrt, das Bild dem Maler zurückgeben und den bereits bezahlten Preis herausverlangen.

Nach § 634, II bedarf es für diese beiden Rechtsbehelfe ausnahmsweise nicht der vorherigen Bestimmung einer Frist zur Nachbesserung, da im vorliegenden Fall die Beseitigung des Mangels unmöglich ist.

Als Fehler galt nach obigen Erörterungen auch der Umstand, daß die Wiedergabe der darzustellenden Person nicht durch besondere stilistische Behandlung des Bildes, sondern infolge falscher, nachlässiger Malweise sich von der Wirklichkeit entfernte.

Hier dürften keine Bedenken bestehen, von dem Maler Beseitigung des Mangels im Wege der Nachbesserung des Bildes zu verlangen. Es handelt sich ja dabei um Änderungen, die durch Übermalung ohne weiteres ausführbar sind.

Auch Minderung und Wandelung sind in diesem Falle gegeben. Bei einem Bildnis, das an den vorerwähnten Mängeln leidet, ist eine Herabsetzung der Gegenleistung durchaus denkbar. Denn vorausgesetzt wurde, daß das Bildnis nicht völlig untauglich war, sondern lediglich von dem vertraglichen Idealzustand abwich. Ein Maßstab für die Minderung der Gegenleistung kann freilich nur nach Treu und Glauben unter Zugrundelegung der im Kunstverkehr üblichen Preise gefunden werden.

Zweifel entstehen jedoch, wenn der Künstler mit der Nachbesserung des Porträts im Verzuge ist. Nach dem Gesetz (§ 633, II) hat der Besteller das Recht, den Mangel selbst zu beseitigen und dann Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen. Ihm würde also hier — wollte man diese Bestimmung ohne weiteres anwenden — die Möglichkeit offenstehen, das Bild einem anderen Künstler zwecks Vornahme der erforderlichen Änderungen zu geben und die hierfür bezahlte Summe vom Hersteller des Originals zurückzufordern.

Es erhebt sich die Frage, ob der Maler eine derartige Änderung des von ihm geschaffenen Bildes zulassen muß.

c) Bedenken gegen ein solches Vorgehen des Bestellers könnten sich insbesondere aus dem Kunstschutzgesetz[96]) ergeben. Dieses sieht in seinen Bestimmungen einen weitgehenden Schutz des Urhebers „von Werken der bildenden Künste und der Photographie" vor.

Urheber im Sinne des Gesetzes ist immer derjenige, der das Werk als Erster zum Ausdruck bringt[97]). Demnach ist nicht Urheber, wer nur eine ideenmäßige Anregung zum Werk gab, sondern der, nach dessen Anschauung das Werk gestaltet wurde[98]).

Man wird also im allgemeinen den Besteller nicht als Urheber bezeichnen können, es sei denn, seine Angaben für die Herstellung des Werkes sind derart gewesen, daß sie für die künstlerische Gestaltung ausschlaggebend waren[99]). In solchen Fällen wäre freilich eine Miturheberschaft vorhanden. Doch dürfte das beim Porträtbild in aller Regel nicht vorkommen. Denn gerade hier spielt die individuelle künstlerische Auffassung des Malers eine besondere Rolle. Mag der Besteller noch so viel Wünsche hinsichtlich des Bildausschnittes oder der Haltung geäußert haben, stets wird hier des Malers Anschauung entscheidend bleiben.

Welche Rechte stehen dem Urheber nun im einzelnen zu?

Das Urheberrecht umfaßt die ausschließliche Befugnis, das hergestellte Werk wirtschaftlich zu nutzen (§§ 15 ff. Kunstschutzges.). Der Urheber hat die Möglichkeit, dieses Recht auf den Erwerber des Werkes zu übertragen (§ 10, III). Jedoch bedarf es hierzu neben dem Eigentumsübergang einer besonderen dahingehenden Vereinbarung (§ 10, IV). Ist dieses Urheberrecht übertragen worden, so besteht damit für den Erwerber noch nicht das Recht, an dem Werk Änderungen vorzunehmen, es sei denn, der Urheber habe dies ausdrücklich gestattet (§ 12). Allerdings sollen auch solche Änderungen nicht beanstandet werden können, hinsichtlich deren der Berechtigte seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen kann (§ 12, II).

Es liegt damit allein beim Künstler, ob dieser eine Änderung seines

96) Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9. Januar 07.
97) Osterrieth S. 34.
98) Vgl. Osterrieth a. a. O.; DJZ. 10/1083.
99) RGZ. 82/334.

Werkes zulassen will oder nicht. Ihm soll es möglich sein, gegen jede Beeinträchtigung durch Änderung einschreiten zu können.

§ 12 des Gesetzes gewährt jedoch diesen Schutz nur für den Fall, in dem eine Übertragung des Urheberrechts auf den Erwerber stattgefunden hat. Er sagt aber nichts darüber, wie sich der Schutz des Urhebers gestalten soll, sofern eine solche Übertragung fehlt. Das ist deshalb bedauerlich, weil der letztgenannte Fall am häufigsten auftreten wird. Es ist bei Verkauf eines Bildes durchaus nicht üblich, zu gleicher Zeit das Urheberrecht daran zu übertragen. Der Schutz des § 12 muß daher für die Mehrzahl der Fälle versagen.

Daß das Gesetz eine Regelung für diese nicht getroffen hat, ist auf den Umstand zurückzuführen, daß der Gesetzgeber bei dem Entwurf davon ausging, das Recht des Künstlers „auf Integrität des Werkes"[100]) werde durch andere gesetzliche Bestimmungen hinreichend geschützt[101]). So glaubte man, daß sich ein derartiger Schutz aus dem § 823, 1 BGB. ergebe, indem aus diesem ein allgemeines und umfassendes Persönlichkeitsrecht herzuleiten sei. Diese Annahme eines Rechtes auf die Persönlichkeit ist jedoch von der Rechtsprechung als irrig bezeichnet und abgelehnt worden[102]). Ein Schutz aus § 823, 1 BGB. kann daher für den Künstler nicht in Betracht kommen.

Es wäre aber unbillig, wollte man dem Künstler jeden Schutz versagen.

Man wird daher zu prüfen haben, ob nicht hier eine ergänzende Auslegung des Kunstschutzgesetzes am Platze ist.

Wie bereits dargelegt, weist das Gesetz an dieser Stelle eine Lücke auf, die auszufüllen unbedingt erforderlich erscheint. Dem Kunstschutzgesetz liegt der Gedanke zugrunde, einen umfassenden Schutz des Künstlers zu gewährleisten. Diesem Ziel dient auch § 12, der, sofern nicht der Künstler selbst seine Einwilligung erteilt, jegliche Änderung des Werkes durch Dritte verhindern soll. Diese Regelung würde gegenstandslos werden, wollte man § 12 nur auf den dort ausdrücklich erwähnten Fall beschränken.

Es ist vielmehr folgerichtig, den § 12 grundsätzlich auch auf den Fall anzuwenden, in dem eine Übertragung des Urheberrechts nicht stattgefunden hat[103]).

100) In Frankreich wird dieses Recht als «droit moral» bezeichnet.
101) Allfeld § 12, 1.
102) Vgl. Gruchot 69/249; RG. 79/397.
103) Fuld S. 52.

Auch das Reichsgericht kommt in seiner grundsätzlichen Entscheidung in Bd. 79/397 zu diesem Ergebnis, indem es ausführt: Die §§ 12 ff. ließen erkennen, daß der Künstler dem modernen Rechtsempfinden entsprechend ein gesetzlich geschütztes Recht darauf hat, daß das von ihm geschaffene Werk als ein Ausfluß seiner individuellen künstlerischen Schöpferkraft der Mit- und Nachwelt nur in seiner unveränderten individuellen Gestaltung zugänglich gemacht bezw. überlassen werde.

Durfte § 12, I eine derartig erweiterte Auslegung erfahren, so ist es wohl zulässig, nun auch den Abs. II auf diese anzuwenden, sodaß der Schutz, den der Künstler gegen Änderung seines Werkes genießt, nach Maßgabe des Abs. II eine Einschränkung erfährt. D. h. es sind dem Erwerber solche Änderungen gestattet, für die der Berechtigte nach Treu und Glauben seine Einwilligung nicht versagen kann.

Kann nun der Künstler nach diesem Grundsatz gegen eine Übermalung einschreiten, sofern es sich — wie in dem hier zur Rede stehenden Fall — um ein Verzeichnen oder einen Mißgriff in der Farbenwahl handelt? Diese Frage ist zu verneinen. Der Grundsatz der „Integrität des künstlerischen Werkes“, dem Recht des Künstlers, seine individuelle Leistung in ihrer ursprünglichen Gestalt zu bewahren, kann dort keine Geltung haben, wo doch nur von einem relativ geringen künstlerischen Wert gesprochen werden kann.

Der Maler kann daher in dem vorliegenden Falle — will er nicht gegen Treu und Glauben verstoßen — eine Übermalung seines Bildes nicht beanstanden.

Der Besteller ist daher berechtigt, das fehlerhafte Bildnis gegebenenfalls einem anderen Künstler zur Nachbesserung zu übergeben und die hierdurch entstehenden Kosten von dem Hersteller des Porträts ersetzt zu verlangen.

Aus diesen Darlegungen erhellt zugleich, daß umgekehrt in jedem Falle, in dem wir eine als künstlerisch zu bewertende Leistung vor uns haben, eine Änderung durch Übermalen unbedingt zu verhindern ist.

Dies festzustellen, ist insofern wichtig, als es durchaus denkbar wäre, daß der Eigentümer des Bildnisses auch ohne Vorliegen eines „Fehlers“ im Sinne des § 633 BGB. an dessen Änderung geht, da es aus irgend einem Grunde seinem Geschmack nicht mehr spricht. Hier bleibt § 12, II außer Anwendung. Mag auch der Eigentümer sich darauf berufen, daß § 903 BGB. dem Eigentümer gestattet, mit der ihm gehörenden

Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen; das Gesetz sagt ausdrücklich, daß dies nur insoweit möglich ist, als nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. Im vorliegenden Fall ist es das Recht eines Dritten, das den Eigentümer an einer Änderung des Bildes hindert, und zwar das Recht des Künstlers auf Erhaltung seines Werkes in seiner ursprünglichen Gestalt[104]).

Zusammenfassend ist daher festzustellen:

Der Künstler kann mit Hilfe des § 12 Kunstschutzgesetz in seiner erweiterten Auslegung gegen jede Übermalung seines Bildes — soweit es als künstlerische Leistung anzusprechen ist — mit Erfolg angehen.

104) So auch RG. 79/397.